Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

schen dem Inhaber und dem Verhafteten gleiche rechtliche Bedeutung haben, wird passender an einem andern Orte auseinanderzusetzen seyn. Autonomisch geschaffenes Surrogat für creditirten Zahlungsstoff oder constituirter Zahlungswille, oder urkundliche Anerkennung oder endlich prozessualische Entwickelung, ist die Eigenschaft der autonomischen Mittel zur Verwirklichung obligationsmäßiger Ansprüche. Die Wirksamkeit drr ersteren hängt davon ab, in wiefern die prozessualische Norm dieselben als Stufen prozessualischer Entwickelung anerkennt. Nur insofern leidet diese Abhängigkeit eine Ausnahme, als die Autonomie das rechtliche Daseyn eines Verhältntsses ermittelt, wie bei dem auf Kündigung unter hinzugefügter Kündigungsfrist stehenden Capital; welches sich indeß zu einem gewohnheitsrechtlichen Institute gestaltet hat.

III.

Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.

Von

Herrn **Ruhstrat,**

Regierungsassessor in Oldenburg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IX. im 2. Heft des vorigen Bandes.)

§. 17.

V. Wenn der negotiorum gestio nicht als Organ der voluntas domini handelt, so begründet er nicht die von Anfang an wirksame obligatio ex negotiorum gestione. Doch kann diese obligatio hier durch den Erfolg der gestio entstehen.

Wir haben gesehen, daß der Gestor, sobald er wirklich als Vertreter der voluntas domini handelt, also der von ihm bei der Geschäftsführung vorausgesetzte Wille des Dominus auch wirklich vorhanden ist, ähnlich wie ein Mandatar, wie von Anfang an gegenseitig wirksame Obligation erzeugt, aus welcher der Geschäftsherr mit der actio directa,

der Geschäftsführer mit der actio contraria klagen kann. Wie der Mandatar, welcher sich innerhalb der Gränzen des ihm ertheilten Mandats gehalten hat, auch wegen solcher Handlungen auf Entschädigung klagen kann, die ohne seine Verschuldung erfolglos geblieben sind, so kann der Gestor wegen jeder Handlung, die er in seiner Qualität als Organ des Dominus vorgenommen, mit deren Vornahme er in der Ausführung der erweislichen voluntas domini begriffen gewesen, Ersatz verlangen. Denn zur Begründung der actio neg. gestor contraria gehört eben nur eine auf Vertretung gerichtete voluntas domini, und eine in der Absicht der Vertretung vorgenommene Handlung, welche dem Gestor Auslagen verursacht oder Verbindlichkeiten zugezogen hat, einerlei, ob die Handlung zum Vortheil des Geschäftsherrn ausgefallen ist oder nicht. Der Gestor, welcher als Organ des Dominus handelte, ist wegen der Vertretung des letzteren zu entschädigen, nicht wegen etwaiger Vortheile, welche dem Vermögen des Dominus durch die Geschäftsführung erwachsen sein mögen. „Neque enim spectamus an bono domini accesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini", sagt Ulpian[90]), wobei er unter negotium domini nichts Anderes versteht, als die voluntas domini. Nur dieser Gesichtspunkt scheint es juristisch genügend erklären zu können, daß der Dominus auch für solche Handlungen Entschädigung gewähren muß, welche zu seinem Nachtheil ausgefallen, oder wenigstens ohne Einfluß auf sein Vermögen geblieben sind.[91])

Ist aber die Qualität des Gestor als Vertreter des Geschäftsherrn, als Organ der voluntas domini, Grund der von Anfang an wirksamen obligatio et negotiorum gestione, so entsteht dieselbe nicht, sobald dem Gestor jene Qualität fehlt. Dieß kann nur der Fall sein:

1) weil seine Geschäftsführung dem Willen des Do-

90) l. 3. §. 6. D. de in rem verso (15. 3).

91) Vergl. auch unten Note 92 a. E.

minus nicht entspricht, während er in der That die Absicht hat, die voluntas domini zu vertreten;

2) weil er diese Absicht nicht hat, ihm also m. a. W. die contemplatio domini fehlt.

In beiden Fällen bleibt die Geschäftsführung ohne rechtliche Bedeutung, solange sie sich außerhalb der Grenzen des fremden Rechtsbodens bewegt. Denn hier kann der Dominus weder ohne seinen[92]), noch ohne den Willen des Ge-

92) Kauft der Gestor eine Sache contemplatione domini, ohne damit einen Willen des letzteren zu vertreten, so liegt dieser Kaufkontrakt außer aller Beziehung zum Dominus, und kann daher für denselben erst durch Ratihabition Wirkung erlangen. Solange aber die Ratihabition nicht erfolgt ist, kann der Gestor die contemplatio domini, falls diese eine einseitige war, noch ändern, und damit die Genehmigung erfolglos machen. Hat aber auch der Dritte mit Rücksicht auf den Dominus kontrahirt, und ist die Rücksichtsnahme eine vertragsmäßige zwischen dem Gestor und dem Dritten, so kann keiner von Beiden in dieser Beziehung seinen Willen einseitig ändern. Der Dominus erlangt daher trotz einseitiger Willensänderung des Gestor durch Ratihabition der Gestio Rechte aus jener vertragsmäßig festgestellten contemplatio des Gestor. Und so wie nur einerseits der Dritte gegen ihn die actio emti quasi institoria anstellen kann, so kann er selbst gegen den Gestor mit der actio negotiorum gestorum auf Abtretung der actio venditi klagen. l. 80 §. 5. de furtis (47. 2.) Eine vertragsmäßige Aufhebung der contemplatio domini ist dem Gestor und dem Dritten natürlich bis zur Genehmigung erlaubt. Daß auch die einseitige Willensänderung des Dritten nicht in Betracht kommt, ergibt sich aus l. 24. h. t. l. 58. pr. de solution. (46. 3.) Ein debitor des Dominus hat dem Gestor contemplatione domini Zahlung geleistet. Obgleich nun der Dominus erst durch Genehmigung auf die gezahlte Summe ein Recht erwirbt, so kann doch der Dritte auch vorher seinen Willen, daß die gezahlte Summe dem Dominus zukommen solle, nicht ohne Zustimmung des Gestors ändern. Nur wenn er in der Voraussetzung gezahlt habe, daß er sofort liberirt werde, kann er, weil diese Liberation natürlich nicht vor der Genehmigung des Dominus eintritt, l. 39. h. t., auf Herausgabe der gezahlten Summe gegen den Gestor klagen. l. 58. pr. cit.

Für die Fälle, in welchen Jemand mit Rücksicht auf einen Anderen Sachen oder Klagen erworben hat, scheint sich eine Grenze für die Zulässigkeit der actio negotiorum gestor directa auf Abtretung dieser Sachen oder Klagen gar nicht finden zu lassen, wenn man nicht die Vertre-

schäftsführers rechtliche Erwerbungen machen. Hat die Geschäftsführung unmittelbar auf das Vermögen des Dominus eingewirkt, so kommt es auf die Art der Einwirkung an.

1) Hat dieselbe dem Dominus weder Vortheil gebracht, noch ihn in irgend einer Weise benachtheiligt, so kann natürlich wegen Mangels an jedem rechtlichen Interesse an einer Klage von einer solchen nicht die Rede sein.[93])

---

tung der voluntas domini als Bedingung derselben ansieht. Der durch den Gestor ausgeführte Wille des Dominus ist das Band, welches die dem Vermögen des letzteren bisher fremden Sachen oder Klagen mit diesem Vermögen verknüpft. Die Nothwendigkeit eines solchen Bandes hat auch Mühlenbruch (zu Glück's Pand. B. 38. S. 70) gefühlt. In sofern er dasselbe aber darin setzte, daß der Gestor in den Angelegenheiten des Dominus, d. h. in Beziehung auf ein für denselben bereits begründetes Rechtsverhältniß gehandelt haben müsse, so sagt er damit einerseits zu viel, andererseits zu wenig. Zu wenig wegen l. 19. §. 2. D. neg. gest, welche auch die voluntas domini für geeignet erklärt, jene actio directa zu begründen. Zu viel, weil doch dem Dominus wegen solcher Gegenstände, in Ansehung deren gegen ihn die actio neg. gestor. contraria nicht begründet ist (z. B. Sachen, deren Ankauf seinem Willen offenbar entgegen ist), auch die actio directa nicht von vornherein (d. h. von der Genehmigung) begründet sein kann.

93) Dahin gehört auch der Fall, wenn Jemand, der eine fremde Sache bona fide besitzt, dieselbe veräußert; denn obgleich dieß Geschäft auf fremdem Rechtsboden geführt worden, und daher an und für sich den Dominus berechtigen muß, so kann letzterer dennoch die actio negotiorum gestorum auf Herausgabe des Preises gegen den Veräußerer nicht anstellen, weil dieß Geschäft sein Interesse zunächst noch gar nicht berührte, indem er seine vindicatio gerade so gut gegen den Erwerber, als gegen den Veräußerer anstellen kann. l. 47. pr. h. t. Erst, wenn die vindicatio weggefallen, z. B. durch Untergang der Sache bei dem Dritten, erlangte jenes negotium Bedeutung, weßhalb nunmehr die actio neg. gestor. auf Herausgabe des pretii gegen den Veräußerer angestellt werden kann. l. 49. h. t. l. 17. pr. de rec. vindic. (6. 1.) Sintenis a. a. O. II. S. 585. Note 26. Wangerow, Leitfaden B. 3. S. 482. In dem Fall der l. 49. cit. konkurrirte mit der a. neg. gestor. die condictio sine causa, weil der Veräußerer die Sache ohne causa besaß, vergl. auch l. 23. 31. §. 1. de reb. Credit. (12. 1.) l. 24. §. 1. de act. emti (19. 1). Sintenis a. a. O. II. S. 536. Note 118. Savigny a. a. O. B. 5. S. 523. In dem Fall der l. 17. pr. cit. kann hingegen von einer condictio sine causa

2) Hat sie den Dominus in irgend einer Weise benachtheiligt, so steht demselben wegen der unbefugten Einmischung in seine Angelegenheiten die actio negotiorum gestorum directa zu, und zwar auf Entschädigung oder Abtretung der betreffenden Rechte und Gegenstände.

3) Ist der Nutzen des Dominus durch die negotiorum gestio befördert worden, wohin aber auch jede wirkliche Abwendung eines drohenden Schadens gehört[94]), so ist zwischen den beiden oben erwähnten Fällen der Geschäftsführung zu unterscheiden.

§. 18.

A. Die negotiorum gestio contemplatione domini, welche dem Willen des Dominus nicht entspricht.

Da jede Person stets bestrebt ist, ihre Vermögensangelegenheiten nicht nur in dem bisherigen Zustande zu erhalten, sondern auch zu erweitern, so mußte die hier fragliche Vertretung als ihrem Willen entsprechend angesehen werden, insofern ihr Vermögen durch dieselbe wirklich erhalten oder befördert worden, und deßhalb mußte insoweit auch dem Gestor eine Entschädigungsklage eingeräumt werden, weil derselbe in dieser Beziehung wirklich als Organ der voluntas domini gehandelt hatte. Dieß konnte selbst in den Fällen nicht bedenklich gefunden werden, in welchen es sich nicht bezweifeln ließ, daß es dem Willen des Dominus von vornherein ganz entgegen gewesen sei, durch den für ihn einge-

---

überall nicht die Rede sein, weil der Veräußerer die betreffende Sache selbst gekauft hatte, dieselbe also nicht sine causa besaß, und derselbe auch keineswegs bloß die ihm durch den Handel mit der fremden Sache zugeflossene Bereicherung, sondern vielmehr das pretium herausgeben soll. Ulpian kann daher in dieser Stelle wohl nur an die a. neg. gestorum denken, womit dann auch Afrikan in l. 49. cit. vollkommen übereinstimmt. Chambon a. a. O. S. 38. behauptet, daß die Entscheidung des Afrikan eine irrthümliche sei.

94) l. 47. de solut. et liberat. (46. 3.) — nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est.

tretenen Geſtor bereichert zu werden. Denn war die Bereicherung einmal eingetreten, ſo konnte der Dominus ſelbſt hier nicht, ohne die bona fides zu verletzen, ſich einerſeits darauf berufen, daß er wieder ſeinen Willen bereichert worden, und andererſeits dennoch die Abſicht haben, die Bereicherung zu behalten.[95]) Nur wenn dem Geſtor die Geſchäftsführung vom Dominus verboten worden, war die Sache bedenklich, denn hier konnte man bezweifeln, ob der Geſtor im Fall der Bereicherung des Dominus als deſſen Organ angeſehen werden dürfe, da ihm kaum die Abſicht zugeſchrieben werden konnte, eine voluntas domini zu vertreten, von deren Nichtvorhandenſein er in Kenntniß geſetzt war.

Die römiſchen Juriſten theilten ſich in Anſehung dieſer Frage in drei Parteien.

1) Die erſte Partei ſah den Geſtor auch hier als Organ der voluntas domini an, weil er doch die Abſicht gehabt habe, den Dominus zu bereichern, und die Bereicherung als dem Willen des Letzteren entſprechend anzuſehen ſei.[96])

2) Die zweite Partei ging davon aus, daß der Geſtor hier nicht als Organ der voluntas domini anzuſehen, und ihm daher nicht aus dem Geſichtspunkt der negotiorum gestio, ſondern nur wegen der durch ihn veranlaßten Bereicherung des Dominus eine Klage einzuräumen ſei. Sie gab ihm daher die actio negotiorum gestorum contraria utilis, von welcher in §. 19 die Rede ſein wird.[97])

3) Die dritte Partei nahm an, daß dem Geſtor, welcher wider das Verbot des Dominus auf deſſen Vermögen Verwendungen mache, keine andere vernünftige Abſicht als der animus donandi zugeſchrieben werden könne, weßhalb ſie demſelben gar keine Klage zugeſtand.

Dieſe letzte Anſicht iſt nur von Juſtinian gebilligt.[98])

---

95) Arg. l. 17. §. 4. de institor. (14. 3.)

96) l. 6. §. 2. mandati (17. 1) c. ult. h. t. — Quam quibusdam pollicentibus directam.

97) c. ult. h. t. — vel utilem. —

98) l. 40. mandati 17. 1. c. ult. h. t. Glück, Kommentar B. 5. S. 338 ff.

Nach dieser Erörterung kann nur zu der Erklärung einiger hierher gehörigen Beweisstellen übergegangen werden.

1. l. 43. h. t. (Labeo lib. 6 posteriorum epitomatorum a Javoleno.)

Cum pecuniam jus nomine solveres qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit, nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.

Aus dieser Stelle geht zunächst mit Bestimmtheit hervor, daß Jeder, der die Schulden eines Anderen bezahlt, ohne dazu beauftragt zu sein, mit der actio negotiorum gestorum vollen Ersatz von dem liberirten Debitor fordern kann, sofern der Letztere nicht etwa bei der Nichtzahlung ein besonderes Interesse hatte. Es wird also zur Begründung der Klage keineswegs erfordert, daß der Schuldner geradezu bei der Schuldentilgung interessirt war[99]), oder daß dieselbe seinem Willen entsprach, sondern nur, daß sein Interesse nicht gerade in der Nichtbezahlung der Schulden beruhte.

Demnach bezieht dieß Gesetz sich nicht auf diejenige negotiorum gestio, welche von vornherein als Vertretung der

---

99) Mit Unrecht wird daher von Kritz a. a. O. S. 380 angenommen, daß die Stelle sich auf den Fall beziehe, in welchem die Zahlung im Interesse des Debitors lag, und deßhalb die Voraussetzung gerechtfertigt war, daß der Dominus, wenn er gekonnt hätte, zu der Zahlung Auftrag gegeben haben würde. Wenn Jemand nicht dabei interessirt ist, daß seine Schuld zu einer gewissen Zeit nicht bezahlt werde, so folgte daraus nicht, daß er bei der Entrichtung geradezu interessirt ist. In vielen Fällen wird es dem Debitor gleichgiltig sein, ob ein Gestor seine Schulden entrichtet, weil er dadurch nur einen anderen Gläubiger erhält. Wenn Jemand einem Kaufmann 100 fl. für Waaren schuldete, und die Zahlung nur deßhalb nicht geleistet hat, weil ihm bisher keine Rechnung zugesandt worden, so kann man gewiß nicht sagen, daß er bei Abtragung dieser Schuld durch einen Gestor besonders interessirt sei. Dennoch bezieht die l. 43. cit. sich offenbar auch auf diesen Fall, denn, daß der Dominus ein Interesse bei der Nichtzahlung hat; läßt sich ebensowenig behaupten.

voluntas domini erscheint, wie sich auch daraus ergibt, daß der Grund der Verbindlichkeit darin gesetzt wird: cum ea solutione debitor liberatus sit, während bei der eben erwähnten negotiorum gestio die Verbindlichkeit des Dominus von dem Eintritt der Liberation unabhängig ist, und z. B. schon dann entsteht, wenn der Gestor ein Darlehn aufnimmt, um damit die Schuld des Dominus zu tilgen, ohne daß es in Betracht kommt, ob das geliehene Geld durch Zufall verloren geht, oder wirklich zur Liberation des Dominus verwendet wird. [100])

Unsere Stelle beweist daher, daß die obligatio ex neg. gestione auch durch eine vom Gestor absichtlich hervorgerufene Bereicherung des Dominus begründet wird, was selbst von den Vertheidigern des Prinzips der necessitas zugegeben wird, welche für die Fälle der wirklichen faktischen Bereicherung des Dominus eine Ausnahme von der Regel statuiren. [101])

2. l. 3. §. 4. de in rem verso (15. 3.) (Ulpianus lib. 29 ad edictum).

Sed si mutua pecunia accepta domum dominicum exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluntatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit; nec debere ex eo onerari

---

100) l. 17. pr. de in rem verso (15. 3). Niemand wird behaupten wollen, daß dieß auch für die Fälle gilt, in welchen dem Dominus die Schuldentilgung durchaus gleichgiltig ist, wie z. B. in dem Fall der Note 99. Danach ist aber nicht zu bezweifeln, daß die l. 43. cit. sich nicht ausschließlich auf diejenige negotiorum gestio bezieht, welche von Anfang an, als Willensvertretung erscheint.

101) Wächter a. a. O. S. 350. Note 19. S. 354. Vangerow a. a. O. S. 484. 3. Diese Ausnahme soll lediglich aus dem Grundsatz hervorgehen: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet. Wäre dieß richtig, so ließe sich nicht erklären, warum die hier fragliche actio neg. gestorum in ihren Wirkungen von der actio neg. gest. utilis verschieden ist, welche im §. 19 zu untersuchen ist.

dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus scilicet suae injuria: ne cogendus sit dominus vendere domum est, quanti pretiosior facta est, id praestet.

Wenn ein Sklave Geld geliehen, und daſſelbe verwendet hat, um das Haus ſeines Herrn mit überflüſſigen Dingen auszuſchmücken, ſo ſteht dem Darleiher des Geldes nicht die actio de in rem verso auf volle Entſchädigung zu, vielmehr hat derſelbe weiter keinen Anſpruch, als auf Herausgabe der faktiſchen Bereicherung.[102]) Weil aber der Dominus hier nur inſofern für bereichert gelten kann, als er etwa das Haus verkaufen und wegen jener Verwendungen mehr als ſonſt dafür erhalten würde, derſelbe aber doch zum Verkauf nicht gezwungen werden kann, ſo bleibt nichts übrig, als dem Gläubiger die Wegnahme der Verwendungen zu geſtatten, ſoweit dieß ohne Benachtheiligung des Hauſes geſchehen kann. Daraus folgt, daß auch der Sklave, wenn er als unabhängiger Geſtor gehandelt hätte, in dieſem Falle, wo er nicht eigentlich als Organ der voluntas domini handelte, dennoch die faktiſche Bereicherung des Letzteren, aber auch nicht mehr, in Anſpruch nehmen könnte. Denn die actio de in rem verso geht, wie bereits früher bemerkt worden, auf das Nämliche, welches der Geſtor mit der actio neg. gestorum vom Dominus einklagen kann.

3. l. 37. pr. h. t. (Paulus lib. 1. sententiarum.)

Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea ne factus, cujus patitur actionem.[103])

Der nicht bevormundete Pupill hat juriſtiſch ſeinen unbeſchränkten Willen, daher in Anſehung ſeiner auch nicht von der Vertretung eines ſolchen die Rede ſein kann. Aber

---

102) Daß der Anſpruch hier eigentlich auf die Bereicherung geht, ergeben die Schlußworte: ne cogendus sit dominus, vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.

103) Vgl. c. 2. h. t.

inſofern ſteht ſowohl ihm als dem furiosus ein rechtlicher Wille zu, als beide fähig ſind, Vermögen zu haben. Durch abſichtliche Einwirkung auf dieſes entſteht daher auch hier die gegenſeitige obligatio ex neg. gestione, durch welche der Dominus inſoweit verpflichtet wird, als jene Einwirkung ſeinen Rechtsboden erweitert hat. Da der Wille hier nur in der Fähigkeit zu haben beſteht, ſo kann auch nur diejenige Handlung als eine Erfüllung oder Vertretung des Willens angeſehen werden, durch welche das Haben wirklich erweitert worden iſt.[104])

§. 19.

B. Die negotiorum gestio ohne contemplatio domini.

Wenn der eigentliche Grund und das wahre Weſen der obligatio ex negotiorum gestione darin beſteht, daß ſie aus einer Vertretung der voluntas domini entſpringt, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß ſie gar nicht entſtehen kann, wenn der Geſtor die voluntas domini nicht vertreten, vielmehr für ſich ſelbſt oder für eine andere Perſon, als den Dominus, handeln wollte, daß ferner auch die etwaige Bereicherung des Letzteren durch eine ſolche Geſchäftsführung hieran Nichts ändern kann, weil dieſe für den Dominus etwas rein Zufälliges iſt, da ſie vom Geſtor gar nicht für dieſen beabſichtigt wurde.[105]) Darnach iſt es aber auch gleichgiltig, ob

104) Dieſe Beſtimmung enthält alſo nicht einmal eine Ausnahme der von mir aufgeſtellten Regel, kann daher auch nicht gegen meine Theorie angeführt werden. Vgl. jedoch Glück a. a. O. B. 5. S. 323. Wächter a. a. O. S. 348. Note 17. Der bevormundete Pupill kann übrigens ohne Zweifel durch negotiorum gestio vollſtändig verpflichtet werden, denn hier vertritt der Vormund mit ſeinem Willen, den er als ſolcher, d. h. in Beziehung auf die negotia pupilli hat, die mangelnde voluntas des letzteren. Denn kann der Pupill auctoritate tutoris durch einen Mandatar verpflichtet werden, ſo muß daſſelbe vom Subſtituten des Letzteren gelten, welcher ſchon negotiorum gestor iſt. l. 5. §. 18. l. 9. 10. de institor. (14. 3.) vgl. mit l. 19. §. 2. h. t. c. 4. h. t. (2. 19)

105) Vgl. oben §. 7. Auch die nachfolgende Ratihabition iſt hier natürlich nicht von Einfluß, da dieſelbe als einſeitige Willenserklärung

der ohne contemplatio domini handelnde Gestor wußte, daß das von ihm verwaltete Vermögen dem Dominus gehöre, oder ob er glaubte, es sei sein eignes, oder das Vermögen eines Dritten, weil es nur darauf ankommt, ob der Gestor als Organ der voluntas domini handelte oder nicht. Ist diese Bemerkung richtig, was sich gewiß nicht läugnen läßt, wenn das Prinzip der voluntas domini als das wahre anerkannt werden muß, so wird sich durch dieselbe über einige höchst streitige Gesetzstellen ein neues Licht verbreiten, und dadurch, wie ich hoffe, zugleich auch die bisher noch so dunkle Lehre von der negotiorum gestio sine contemplatione domini, etwas mehr aufgehellt werden.

Dem Gestor, welcher ohne contemplatio domini gehandelt hatte, konnte also selbst im Fall der Bereicherung des Dominus aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio keine Klage eingeräumt werden. Er blieb demnach auf die ihm anderweitig gegen den Dominus zustehenden Rechtsmittel, namentlich auf die Retentionseinrede, beschränkt. Weil er aber doch keineswegs den animus donandi gehabt hatte, so fand man es, der Billigkeit entsprechend, ihm wenigstens in den Fällen eine Entschädigungsklage einzuräumen, in Ansehung deren die Gesetzgebung noch in keiner Weise für ihn

---

des Dominus, nicht den Mangel der contemplatio domini ersetzen kann. l. 6. §. 6. l. 9. h. t. und oben §. 16. Wenn man die negotiorum gestio nicht als Vertretung der voluntas domini, und die contemplatio nicht als die auf Vertretung gerichtete Absicht des Gestor auffaßt, so kann man sich, wenigstens in Ansehung der Fälle, wo der Gestor ein bereits vorliegendes Vermögen verwaltet, wohl mit Recht darüber wundern, daß die contemplatio domini zur Begründung der obligatio ex neg. gestione gefordert wird. Denn wie erklärt es sich, kann man dann mit Recht fragen, daß hier der ganz einseitige animus obligandi des Gestor von Belang ist? Aeltere Schriftsteller erklären daher das Erforderniß der contemplatio domini für eine Subtilität des römischen Rechts, was von ihrem Standpunkte aus viel für sich hat. Glück a. a. O. B. 5. S. 345, 346. Struben, rechtliche Bedenken B. 3. S. 53. 380 ff. Vrgl. auch Archiv für Civil- und Kriminalrecht der k. preuß. Rheinprovinzen B. 18. Abth. 2 B. S. 10. 11.

geſorgt hatte, in welchen er alſo weder durch eine Klage noch durch eine Einrede von dem Dominus eine Entſchädigung für die von ihm gemachten Verwendungen verlangen konnte, und weil er wenigſtens faktiſch als negotiorum gestor erſchien, und gerade durch die negotiorum gestio den Dominus bereichert hatte, ſo fand man ſich veranlaßt, die actio neg. gestorum contraria auf dieſen Fall utiliter zu beziehen. Nur in einem beſonderen Falle, nämlich, wenn auf Begräbniſſe Verwendungen gemacht werden, wurde in favorem religionis jene Klage unbedingt geſtattet.

Auf dieſe Weiſe laſſen ſich nun, wie ich glaube, die hier in Frage kommenden Geſetzſtellen ohne beſondere Schwierigkeit vereinigen.

Daß zunächſt für den Geſtor, welcher ohne contemplatio domini gehandelt hat, und in der Lage iſt, retiniren zu können, eine actio neg. gestorum überall nicht begründet iſt, ergibt ſich ganz klar aus den Geſetzen [106]), und iſt nicht beſtritten. Dadurch iſt aber erwieſen, daß diejenigen Fragmente, welche jenem Geſtor eine Entſchädigungsklage einräumen, ſich nur auf ſolche Fälle beziehen können, in denen derſelbe nicht auf eine andere Weiſe, namentlich nicht durch eine Retentionseinrede Befriedigung, erhalten kann oder hätte erhalten können. Dieſe Fragmente ſind nun:

1. l. 6. §. 3. h. t. (Julianus lib. 3. Digestorum).

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim deprae-

106) z. B. l. 14. §. 1. comm. dividundo (10. 3.) tantum retentionem habeo. l. 33 fin. condict. indebiti. (12. 6). l. 38, 39 hered. petit. (5. 3), l. 48 de rei vind. (6. 1), l. 14 de doli mali etc. (44. 4). Sell, Verſuche 1 S. 130 ff. Nicht entgegenſteht. C. 5 de rei vind. (3. 32). Denn unter dem Ausdruck „repetitio“ kann hier nicht eine Klage verſtanden werden. Mühlenbruch, Pand. Ausg. 4, §. 272, Note 9. Auch nicht l. 60 de legatis I. (30). Denn hier iſt gar nicht von einer Retention wegen Verwendungen, ſondern nur wegen der Quart die Rede. Dagen Sell, Verſuche I. S. 126.

dandi causa accedit suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, uno magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa nec meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. [107])

Es iſt klar, daß die Worte negotia und negotium hier in verſchiedenen Bedeutungen gebraucht werden. Negotia mea ſind das bereits exiſtirende Vermögen des Dominus. Wer dieſes verwaltet, kann ſtets mit der actio neg. gestorum directa in Anſpruch genommen werden, und zwar noch um ſo mehr (imo magis), wenn er sine contemplatione domini gehandelt hat, weil er in dieſem Fall für jeden Nachtheil aufkommen muß, was er ſonſt nicht nöthig hat. Das „negotium“ hiergegen iſt hier der Inhalt des Willens. Da der Geſtor in dem Fall der obigen Stelle nicht dasjenige that, was der Dominus wollte, ſondern vielmehr ſeinen eigenen Willen vollführte, ſo war er nicht negotiorum gestor des Dominus, ſondern der Vertreter ſeines eigenen Willens. Darum heißt es: suum eum potius, quam meum negotium gessisse. Dennoch wird ihm nun aber, nach den klaren Worten des Julian, inſofern eine Entſchädigungsklage eingeräumt, als der Dominus durch ſeine Geſchäftsführung bereichert worden, und da nun dieſe Klage ganz allgemein für alle Fälle zugeſagt wird, in denen der Geſtor auf Sachen des Dominus Verwendungen

107) Man vergleiche damit die ebenfalls von Julian herrührende l. 33 cond. indel. (12. 6). — Et ideo constat, sic quis cum existimaret, se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servane posse; und dafür, daß der bonae fidei possessor in dieſen Verhältniſſen, wie ſich auch von ſelbſt verſteht, keineswegs weniger günſtig angeſehen wurde, als der praedo, von welchem l. 6. §. 3. cit. redet, ſehe man beſonders l. 38 de hered. petit. (5. 3.) — praedo autem de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in hujus quoque persona haberi rationem impensarum.

gemacht hat, so würde die l. 6. §. 3 cit. mit den oben Note 106, 107 angeführten Stellen in einem direkten Widerspruch stehen, wenn man nicht davon ausgehen müßte, daß die Klage in den Fällen nicht stattfindet, in welchen für den Gestor die Retentionseinrede begründet ist oder war.[108]) Wenn nun aber unter dieser Voraussetzung sogar dem praedo eine Klage auf die Bereicherung eingeräumt wird, von welchem es in l. 38. de hered. petit. (5. 3) heißt, es sei seine eigne Schuld, daß er wissentlich auf fremdes Vermögen Verwendungen gemacht habe, so läßt sich schon darum nicht bezweifeln, daß auch jedem Anderen, der sine contemplatione domini gehandelt hat, also namentlich dem, welcher die negotia domini in gutem Glauben für die seinigen gehalten hat, ein gleiches Recht eingeräumt sein wird.[109])

Es ist nun aber behauptet worden[110]), daß, wenn auch im Fall der l. 6. §. 3 cit. die contemplatio domini fehle,

---

108) Daß die Klage der l. C. §. 3. cit. die a. neg. gest. utilis ist, läßt sich wegen l. ult. h. t. nicht bezweifeln. Doch wäre es nicht auffallend, wenn die Römer sie als actio in factum bezeichnet hätten, da sie so sehr von der eigentlichen a. neg. gestorum abweicht. Vrgl. Chambon a. a. O. S. 139 und die dort über diesen Punkt angeführte Litteratur. Glück a. a. O. B. 5, S. 343 ff.

109) Vergl. Note 107. Vangerow a. a. O. Anm. zu §. 664 gibt wegen l. 6. §. 3 cit. zu, daß der Gestor, welcher ohne Rücksicht auf den Dominus seines eigenen Vortheils wegen gehandelt hat, die actio neg. gest. contraria bis auf die Bereicherung anstellen kann, bemerkt aber in Ansehung dessen, welcher fremde Geschäfte irrig als die seinigen führe, daß derselbe jene Klage nur dann gebrauchen könne, wenn der Dominus durch die Gestio von einer Verbindlichkeit liberirt worden sei. Vergl. auch Sintenis a. a. O. II. S. 585. Allein abgesehen davon, daß die bessere Stellung des praedo unerklärlich wäre, sind gewiß auch keine inneren Gründe vorhanden, aus welchen der fragliche Gestor nicht eben so wohl in den Fällen eine Klage haben soll, in welchen er z. B. nothwendige Verwendungen auf die rei domini gemacht hat, welche der Dominus jedenfalls auch selbst vorgenommen habe würde.

110) Chambon a. a. O. S. 139, S. 42 ff. Vrgl. auch Thibaut, Pand. §. 630.

ſo doch der animus negotia aliena gerendi auf Seiten des Geſtor vorhanden ſei, und nur aus dieſem Grunde dem letzteren die Klage eingeräumt werde, die jedoch bis auf die Bereicherung des Dominus beſchränkt ſei, weil der Geſtor hier aus Eigennutz gehandelt habe. Julian ſoll alſo, wenn ich dieſe Anſicht recht verſtehe, von einem ſolchen Falle reden, in welchem der Geſtor zwar nicht mit Rückſicht auf einen beſtimmten Dominus (contemplatio), ſo doch in der Abſicht gehandelt hat, die fremden negotia, als ſolcher, und nicht als ſeine eigene zu beſorgen. Allein die Unterſcheidung zwiſchen contemplatio domini und animus negotia aliena gerendi iſt eine ganz unzuläſſige Begriffsſpaltung, welche nur auf Irrthümer führen kann. Der Geſtor hat entweder die Abſicht, den Willen eines Anderen zu vertreten, oder er hat dieſe Abſicht nicht. Daß ſie ihm in dem Fall der l. 6. §. 3 cit. fehlte, daß der Geſtor hier die fremden Geſchäfte nicht als ſolche, ſondern als ſeine eignen geführt, daß er alſo ſeinen eigenen Willen vertreten hat, kann wohl kaum bezweifelt werden, denn ſonſt würde weder der Ausdruck suum potium quam meum Sinn haben, noch der Gegenſatz: non mei contemplatione, sed sui lucri causa richtig ſein. Die contemplatio domini ſteht offenbar nicht einem ſ. g. animus negotia aliena gerendi gegenüber, ſondern der Abſicht des Geſtor, für ſich ſelbſt zu handeln. Der Geſtor hat hier freilich das Bewußtſein, daß er ein fremdes Vermögen verwaltet, aber dieß Bewußtſein, welches keinem malae fidei possessor fehlt, dieſer offenbare dolus, iſt doch gewiß von der contemplatio domini himmelweit verſchieden und zur Hervorbringung einer obligatio ſchwerlich geeignet.

Daß endlich Julian nicht etwa an einen Fall denkt, in welchem der Geſtor zwar eigentlich den Willen des Dominus vertreten, aber bei der Gelegenheit auch für ſich ſelbſt einen Vortheil erſtreben will, ſcheint klar zu ſein, da es ausdrücklich heißt: non mei contemplatione. Auch würde jene auf eignen Vortheil gerichtete Nebenabſicht, der voll-

ſtändig wirkſamen actio negot. gestor. contraria gewiß nicht unbedingt entgegen ſtehen. [111])

2. l. 6. §. 6. h. t. (Julianus lib. 3. Digestorum.)

Sed si ego tui filii negotio gessero vel servi, videamus, an tecum neg. gestorum habeam actionem? Et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit, et Pomponius libro XXVI. probat, ut siquidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis, quodsi amicitia filii tuo, vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio duntaxat dandam actionem. Idemque est, etsi sui juris eos esse putavi. Nam et si servum non necessarium emero filio tuo, et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione, eodem loco Pomponius scribit, hoc ad jecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominone debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Der Sinn dieſer Stelle iſt folgender: Wenn Jemand mit Rückſicht auf den Hausvater ein Pekuliarvermögen verwaltet, ſo hat er gegen letzteren die vollſtändig wirkſame actio neg. gestorum, wenn er aber mit Rückſicht auf den Hausſohn oder Sklaven des Dominus handelt, ſo erwirbt er gegen letzteren nur die actio de peculio [112]), und außerdem ſelbſt, wenn das peculium überſchuldet und alſo die actio de peculio nicht wirkſam iſt; eine Klage auf die durch jene Geſchäftsführung dem Dominus zugefloſſene Be-

111) Wenn z. B. Jemand die negotia ſeines Schuldners aus dem Grunde beſorgt, damit dieſer ihm ſolvent bleibt, ſo bezweckt er freilich zugleich ſeinen eigenen Vortheil; allein da er hier als Vertreter der voluntas domini handelt, ſo iſt ſeine Klage keineswegs auf die Bereicherung beſchränkt. Vergl. Sintenis a. a. O. II. S. 586. — Ueber einige Verſuche, die l. 6. §. 3 cit. mit den Stellen der Note 106 zu vereinigen vergl. man noch Glück a. a. O. B. 5. S. 344. Noodt prob. l. 4. c. 9 will am Schluß der l. 6. §. 3 cit. exceptionem ſtatt actionem leſen.

112) Er kann nämlich die gegen den Sohn begründete actio neg. gestorum als actio neg. gestorum peculio gegen den Vater anſtellen.

reicherung. Dasselbe gilt in dem Fall, wenn der Gestor den Sklaven oder Sohn für eine unabhängige Person gehalten, und also geglaubt hat, daß diesem das Pekuliarvermögen eigenthümlich gehöre.

Was nun zunächst diesen letzten Satz betrifft, so scheint derselbe mit anderen Stellen, namentlich mit l. 5. §. 1, l. 6, §. 8, h. t. l. 14. §. 1 comm. divid. (10. 3), nach welcher der Irrthum des Gestor über die Person des Dominus nicht in Betracht kommen soll, in Widerspruch zu stehen, weil danach die vollständig wirksame actio negotiorum gestorum gegen den Vater stattfinden müßte, wenn der Gestor den Sohn irrthümlich für den eigentlichen und alleinigen Dominus hielt. In dieser Hinsicht ist Folgendes zu bemerken:

Wenn der Gestor das von ihm verwaltete Vermögen einer anderen Person als dem Dominus zuschreibt, so ist:

1) entweder dem Gestor die Person des Dominus gleichgültig. Er nimmt sich des Vermögens mit der Ueberzeugung an, daß die Geschäftsführung jedenfalls demjenigen Willen entspricht, welcher in dem Vermögen herrscht. Er will also nicht gerade eine bestimmte Person, aber den bestimmten, in dem Vermögen herrschenden Willen vertreten. Diese Absicht muß offenbar genügen, ohne daß etwas darauf ankommen kann, ob der Gestor den Dominus kennt, oder sich über die Person desselben irrt. Es ist aber kein Grund vorhanden, dieselbe nicht als contemplatio, sondern als animus negotia aliena gerendi zu bezeichnen.[112a]) Denn die contemplatio ist nichts weiter als die Absicht, den Willen eines Anderen zu vertreten, und diese Absicht liegt hier vor.

2) Der Gestor will eine bestimmte Person, den A vertreten, und nur deßhalb, weil der Wille dieser Person in dem Vermögen herrscht, oder er dieß irrthümlich voraussetzt, nimmt er sich desselben an. Hier liegt nun die contemplatio der voluntas des A, also nur die auf Vertretung dieser Person gerichtete Absicht vor.

112a) Oben Note 110.

Auf dieſen zweiten Fall iſt nun der oben angeführte Satz der l. 6. §. 6 cit. zu beziehen.

Daß ferner die am Schluß dieſer Stelle dem Geſtor verſprochene Klage auf die Bereicherung keine andere iſt, als die actio neg. gestorum contraria, läßt ſich wegen der nachher zu erörternden l. ult. h. t., ſowie darum nicht bezweifeln, weil die Bereicherung des Dominus hier unmittelbar durch die Geſchäftsführung ohne alle Vermittelung des Sohnes oder Sklaven eingetreten iſt, weßhalb von der actio de in rem verso nicht die Rede ſein kann.[113])

Die Worte: Nam etsi servum — ratihabitione enthalten eine Beſtätigung des oben Note 105 aufgeführten Satzes, daß der Dominus auch durch Ratihabition die actio negotiorum gestorum nicht begründen kann, wenn der Geſtor nicht mit Rückſicht auf ihn gehandelt hat.[114])

Iſt das Prinzip der voluntas domini richtig, iſt es richtig, daß die vollſtändig wirkſame obligatio ex negotiorum gestione auf der vom Geſtor beabſichtigten Vertretung der voluntas domini beruht, ſo läßt ſich gewiß nicht bezweifeln, daß dieſe obligatio nicht eintreten kann, wenn der Geſtor ſich z. B. eines verlaſſenen Vermögens lediglich und allein aus dem Grunde angenommen hat, weil er ſeinen Freund A für den Dominus hielt, womit denn auch unſere l. 6, §. 6 cit. vollkommen übereinſtimmt. In dieſem Falle

113) Weil hier übrigens von einem peculium die Rede iſt, ſo könnte ſelbſt eine durch Vermittelung des Hausſohns eingetretene Bereicherung die actio de in rem verso nicht ohne Weiteres begründen. Dazu wäre vielmehr erforderlich, daß der Hausſohn jene Bereicherung des peculii, rem patris gerens zum Vortheil deſſelben verwendete. l. 5. §. 3. l. 6. de in rem verso (15. 3). Chambon a. a. O. S. 140 nimmt mit Cujaz an, daß die actio de in rem verso gemeint iſt.

114) Wenn der Geſtor das Vermögen des A mit Rückſicht auf B, und um letzteren zu vertreten, verwaltet, ſo hat er folglich gegen A, auch wenn dieſer gar keine, immer nur die Klage auf die Bereicherung. Gegen B hat er partuine Klage, doch wird gegen dieſen durch Genehmigung unter Umſtänden die actio negotiorum gestorum begründet. Vrgl. l. 6. §. 10, 11, l. 5. §. 1. h. t. und oben Note 81, 85 und 105.

wäre es nun aber doch gewiß höchſt unbillig, wenn dem Geſtor auch im Fall der durch ſeine Geſchäftsführung eingetretenen Bereicherung des wahren Dominus, gegen dieſen gar keine Klage gegeben würde.[115]) Es zeigt ſich hier alſo klar, daß Grund genug vorhanden war, auch aus der negotiorum gestio sine contemplatione domini dem Geſtor eine Entſchädigungsklage zu gewähren.[115])

3. l. 49. h. t. (Africanus lib. 8. Quaestionum.)

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses, sicut ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem quae ad me pertinet, tuam putares, nec tuas proprias legatas solvisses, quandoquodem ea solutione liberares.

Der Sinn dieſer Stelle geht dahin: Wenn Jemand ein fremdes Geſchäft führt, welches er für das ſeinige hält, ſo findet gegen ihn die actio neg. gestorum directa ſtatt, ebenſo wie er ſelbſt die actio neg. gestorum contraria anſtellen kann, wenn er in der Meinung, ſelbſt Erbe zu ſein, den wahren Erben dadurch liberirt hat, daß er ſeine eignen, vom Teſtator einem Dritten legirten, Sachen dem letzteren hingegeben hat.

115) Darum wird die actio negotiorum gestorum contraria bis auf die Bereicherung des Dominus ſowohl in l. 6. §. 6. als in l. 45. §. 2. h. t. gegeben. In der letzten Stelle deuten auch die Worte: quia aequum est in damno eum non versari darauf hin, daß Ulpian hier nicht an die aus einer Vertretung der voluntas domini entſpringende, ſondern an die auf der reinen Billigkeit beruhende Klage aus der neg. gestio sine contemplatione domini denkt. Ferner ſtimmt l. 6. pr. h. t. bei richtiger Auffaſſung mit l. 6. §. 6. vollkommen überein. Da der Pupill hier bevormundet war, ſo hätte er durch neg. gestio ohne Zweifel vollſtändig verpflichtet werden können, ebenſo wie durch einen vom Tutor angeſtellten Mandatar. Oben Note 104. Allein da der Geſtor hier nur für daß eigne Beſte des Tutors ſorgen, nicht aber den Willen vertreten wollte, welchen der Tutor als ſolcher hatte — ne tutelae judicio tenearis — ſo verpflichtete er den Pupillen nur bis auf die Bereicherung.

Soviel iſt alſo klar, daß die actio neg. gestorum contraria hier einem Geſtor gegeben wird, welcher sine contemplatione domini gehandelt hat. Dieß läßt ſich ſchon wegen der Worte „sicut ex contrario in me tibi decretur“ nicht leugnen, weil Afrikan damit offenbar ſagen will, daß aus der hier fraglichen neg. gestio nicht bloß die actio directa, ſondern auch die contraria entſpringt. Weil er aber nicht unbedingt ſagen konnte, daß ebenſo wie die directa auch die contraria entſtehe, da letztere von der Bereicherung des Dominus abhängig war, ſo wählte er einen Fall, in welchem der Dominus wirklich durch die fragliche neg. gestio bereichert worden.[116])

Gegen dieſe Auffaſſung der l. 19. cit. iſt nun aber behauptet worden[117]):

1) Die actio contraria werde hier keineswegs für einen Fall gegeben, in welchem der Geſtor sine contemplatione domini gehandelt habe. Der Schlußſatz der Stelle, in welchem mit der florentiniſchen Handſchrift quandoque de, ſtatt quandoquidem zu leſen ſei, ſage: vorausgeſetzt, daß Befreiung des wahren Erben eintrete. Dieſe trete aber nicht unmittelbar durch die Entrichtung des Legats ein, weil der Geſtor das Legat mit der condictio indebiti zurückfordern könne. Wenn nun aber dieſe condictio nicht angeſtellt werde, indem der vermeintliche Erbe es dabei bewenden laſſe, und dadurch wirklich für den wahren Erben negotium gerire, ſo trete die Befreiung des letzteren ein, und damit werde dann erſt die actio neg. gestorum gegen denſelben begründet.

Allein es iſt in der That nicht einzuſehen, wie die für den vermeintlichen Erben begründete condictio indebiti durch den einſeitigen Entſchluß des letzteren wegfallen kann. Dieſe

---

116) Glück a. a. O. B. 5. S. 347. und Zeitſchrift für Civilr. u. Proz. B. 8. S. 138, wo ſich zahlreiche Literatur nachgewieſen findet. Mühlenbruch, Pandekten §. 434.

117) Sintenis a. a. O. II. S. 585. Note 24. Unterholzner, Schuldverhältniſſe S. 610.

Annahme steht den allgemeinen Grundsätzen über Unwirksamkeit eines einseitigen Verzichts auf Forderungsrechte geradezu entgegen.[118]) Wäre also die actio neg. gestorum durch Aufhebung der condictio indebiti bedingt, so könnte der wahre Erbe gegen jene Klage stets einwenden, daß die condictio indebiti noch begründet sei, so lange nicht diese durch einen Nachlaßvertrag zwischen dem Legatar und dem Gestor wirklich aufgehoben worden.

Weil aber Afrikan doch ohne Zweifel von einem Fall redete, in welchem die actio neg. gestorum ohne Weiteres durch die Entrichtung des Legats begründet wird, so muß die Sache in anderer Weise aufgefaßt werden. Der vermeintliche Erbe hat die ihm gehörigen, vom Testator legirten Sachen dem Legatar als solchem bereits zum Eigenthum übertragen. Dadurch ist der Letztere offenbar vollkommen befriedigt, so daß er nicht mehr die Klage aus dem Testament gegen den wahren Erben anstellen kann.[119]) Erst, wenn der vermeintliche Erbe die fraglichen Sachen dem Legatar mit der condictio indebiti wieder abgenommen hat, ist die Klage des letzteren gegen den Erben wieder begründet. So lange also der vermeintliche Erbe seine condictio indebiti gar nicht anstellt, hat auch der Legatar gar keine Klage gegen den Erben. Folglich erscheint Letzterer, wenn der vermeintliche Erbe die actio neg. gestor. anstellt, ohne von der condictio indebiti Gebrauch gemacht zu haben, wirklich als liberirt, und folglich auch als bereichert.[120])

---

118) l. 91. de solut. et liberat. (46. 3.). Archiv für civil. Prax. B. 8. S. 391. Vangerow a. a. O. §. 127. Savigny, Röm. Recht B. 4. S. 128.

119) Kämmerer in der Zeitschr. für Civ. u. Proz. Bd. 8. S. 343.

120) Kämmerer a. a. O. scheint mit sich selbst im Widerspruch zu stehen, wenn er S. 343 sagt, daß der wahre Erbe von seiner Verbindlichkeit gegen den Legatar frei werde, sobald dieser die fraglichen Sachen erhalten habe, und dennoch S. 347 behauptet: Afrikan hätte hier auch die Entscheidung geben können, daß in jenem Fall eine Befreiung des wahren Erben nicht eintrete.

2) Ferner ist behauptet worden[121]), aus l. 49. cit. lasse sich nicht die allgemeine Regel herleiten, daß die actio neg. gestorum statthaft sei, wenn auch der Gestor geglaubt habe, sein eignes Geschäft zu besorgen, vielmehr sei diese Klage nur dann begründet, wenn der Dominus durch solche Geschäftsführung von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit wirklich liberirt worden sei. Dafür beruft man sich außer l. 49. cit. auf diejenigen Stellen, nach denen Jemand, welcher in der Meinung, er sei Erbe, das Begräbniß des Erblassers besorgt hat, die actio negotiorum gestorum haben soll. Diese Ansicht würde nun allerdings viel für sich haben, wenn jene Stellen die einzigen wären, in denen aus einer negotiorum gestio sine contemplatione domini eine actio contraria gegeben wird.

Daß dieß aber nicht der Fall ist, haben wir oben gesehen. Die innere Uebereinstimmung zwischen l. 6. pr. §. 3. 6. und l. 49. h. t. ist in der That zu schlagend, als daß sie ohne Bedeutung sein sollte.

1) Im Fall der l. 6. §. 3. weiß der Gestor, daß er ein fremdes Vermögen verwaltet. Er will aber nicht den Willen des Dominus, sondern seinen eignen vertreten. Darum hat er nur eine Klage bis auf die Bereicherung des Dominus.

2) Im Fall der l. 6. pr. und §. 6. weiß der Gestor gleichfalls, daß er fremde Geschäfte führt, aber er will durch die Verwaltung derselben nicht den Willen des Dominus, sondern den einer anderen Person, die in diesem Fall freilich ebenfalls als Dominus erscheint, vertreten. Deßhalb ist seine Klage gegen jenen Dominus, den er nicht vertreten will, auch hier bis auf die Bereicherung beschränkt.

3) Im Fall der l. 49. hält der Gestor das fremde Vermögen für sein eigenes, will also durch die Verwaltung desselben nicht den Willen des Dominus, sondern seinen

121) Wangerow a. a. O. S. 482. 483. Chambon a. a. O. §. 18.

eignen vertreten. Deßhalb ist seine Klage bis auf die Bereicherung beschränkt.

Alle 3 Fälle stimmen also darin überein, daß der Gestor nicht die Absicht gehabt hat, als Organ der voluntas domini zu handeln, und daß ihm dennoch eine Klage bis auf die Bereicherung eingeräumt wird. Zwar redet l. 49. nur von einem Fall, in welchem der Gestor eine Verbindlichkeit des Dominus erfüllt hat, allein die anderen Stellen sprechen ganz allgemein. Deßhalb scheint der Lehrsatz nicht bedenklich zu sein, daß die actio neg. gestorum contraria durch eine neg. gestio sine contemplatione domini insofern begründet wird, als dem Dominus durch diese Geschäftsführung eine Bereicherung zugeht.

Doch kann von dieser Klage, welche nur die augenscheinliche Unbilligkeit ausgleichen soll, die in jener Bereicherung des Dominus durch den Gestor zu finden ist, dann schon nicht die Rede sein, wenn der Gestor dem Dominus gegenüber durch ein anderes Rechtsmittel, namentlich durch die Befugniß zur Retention hinlänglich gesichert ist. [122])

Nur in einem Fall, nämlich, wenn auf Begräbnisse Verwendungen gemacht werden, findet die Klage selbst dann statt, wenn der Gestor in der Lage ist oder war, retiniren zu können. Diese Ausnahme erklärt sich zur Genüge aus dem favor religionis. [123])

---

122) Aehnlich Mühlenbruch's Pandekten Ausg. 4. §. 434. Wenn es hier aber heißt, daß die actio neg. gestor. contraria utilis auch dann nicht stattfinde, wenn der Gestor durch die condictio indebiti wider einen Dritten Befriedigung erhalten könne, so steht dem l. 49. h. t. entgegen. Denn im Fall dieser Stelle hat der Gestor ohne Zweifel auch die condictio indebiti wider den Legaten. c. 7. cond. indeb. (4. 5.) Sintenis a. a. O. S. 585. Note 24. Die Bestimmung, daß jene actio utilis nicht stattfindet, wenn der Gestor auf andere Weise Befriedigung erhalten kann, bezieht sich nur auf das Verhältniß zwischen Gestor und Dominus. Dem letzteren gegenüber soll der Gestor in Ansehung seiner Entschädigung immerhin gesichert sein, mag er auch gegen irgend einen Dritten zugleich ein Rechtsmittel haben. Vgl. auch Sell a. a. O. S. 137.

123) l. 12. §. 3. l. 14. §. 13. l. 32. pr. de religiosis (11. 7.) l. 50. §. 1. de hered. petit. Kämmerer a. a. O. S. 175 ff.

Schließlich ist hier noch zu erwähnen, daß von der actio negotiorum gestorum contraria utilis, in folgenden Fällen nicht die Rede sein konnte:

1) Wenn ein Dritter sine contemplatione domini mit einem Stellvertreter des Geschäftsherrn kontrahirt, und auf diese Weise den Letzteren mittelbar bereichert hatte. Denn jene Klage setzte voraus, daß der Gestor wenigstens faktisch die negotia domini gerirt, und also unmittelbar auf denselben eingewirkt hatte. Wär dieß nicht geschehen, und auch die contemplatione domini nicht vorhanden. so erschien die fragliche Person weder juristisch noch faktisch als negotiorum gestor.

2) Wenn Jemand zwar den Dominus unmittelbar, d. h. ohne Mittelsperson, bereichert hatte, aber nur durch die Ausführung eines ihn selbst angehenden Geschäfts; denn auch hier erschien er nicht einmal faktisch als negotiorum gestor des angeblichen Dominus, sondern vielmehr in jeder Beziehung als sein eigner Geschäftsführer. Wenn ein correus debendi den Gläubiger befriedigt, so erfüllt er damit ein Geschäft, welches in jeder Beziehung ihn selbst angeht. Es existirt, obgleich verschiedene Schuldner da sind, doch nur eine einzige ungetheilte Obligation. Hat also ein correus dieselbe getilgt, so hat er damit nur ein ihn selbst, aber kein besonderes, den Mitschuldner angehendes Geschäft ausgeführt. Es ist folglich klar, daß er auch nur faktisch nicht als negotiorum gestor aufgefaßt werden kann.[124]) Anders verhält sich die Sache, wenn nicht von einer Korrealobligation, sondern von einer solidarischen Verbindlichkeit die Rede ist; denn da diese nicht als eine ungetheilte obligatio, sondern in Ansehung jedes Schuldners als eine besondere selbstständige Verbindlichkeit aufzufassen ist, so hebt der Schulder, welcher das jenen Verbindlichkeiten gemeinschaftliche Objekt entrichtet, nicht bloß eine ihn selbst betref-

124) Vergl. vor Allem Schröter in Zeitschr. für Civilr. u. Proz. B. 6. S. 409 ff. 416 ff.

fende, sondern zugleich die selbstständigen Obligationen der übrigen Schuldner auch. Er handelt also in einer selbstständigen fremden Angelegenheit, und erscheint darum faktisch als negotiorum gestor der Mitschuldner. Deßhalb ist in diesem Fall denn auch die actio neg. gestorum contraria utilis auf verhältnißmäßige Entschuldigung begründet. [125])

§. 20.

Der in dieser Abhandlung vertheidigten Theorie scheinen nur einige Bestimmungen des römischen Rechts auf den ersten Anblick entgegenzustehen, weßhalb derselben hier noch mit einigen Worten zu gedenken ist.

1) Auch durch Verwaltung einer hereditas jacens entsteht die vollständig wirksame obligatio ex negotiorum gestione [126]), obgleich dieselbe gar keinen Eigenthümer hat, und hier daher anscheinend gar nicht von der Vertretung einer voluntas domini die Rede sein kann. [127]) Allein die Römer gingen von der Fiktion aus, daß die Erbschaft die Person des Erblassers vorstelle, und daher entsteht hier die obligatio ex neg. gestione durch Vertretung der als fortdauernd fingirten voluntas defuncti. [128]) Man fand es übrigens nöthig diesen Fall der gedachten obligatio im Edikt besonders hervorzuheben, um etwaigen Zweifeln darüber vorzubeugen, ob die gedachte Anwendung jener Fiktion auch wirklich gerechtfertigt sei. [129])

2) Auch der nicht bevormundete Pupill kann durch negotiorum gestio verpflichtet ist. Daß aber diese Bestimmung nicht entgegensteht, ist bereits oben §. 18 a. E. nachgewiesen worden.

---

125) l. 30. h. t. Schröter a. a. O. S. 431 ff.

126) l. 22. h. t.

127) Archiv für civil. Pr. Bd. 20. S. 346. Note 15.

128) Pr. J. de stip. serv. (3. 17.) §. 2. J. de her. inst. (2. 14.) l. 34. de adquir. rer. dom. (41. 1.) Savigny a. a. O. B. 2. S. 365 ff. Pfeiffer, von den juristischen Personen S. 153.

129) l. 3. §. 6. h. t. Pfeiffer a. a. O. S. 157.

3) Dem curator furiosi ſteht die actio negotiorum gestorum contraria utilis gegen den Kuranden zu, daß demſelben eine vollſtändig wirkſame Klage eingeräumt werden mußte, iſt klar. Nun hätte freilich auch wohl die actio tutelae contraria auf dieſen Fall ubilites bezogen werden können, und daß dieß geſchehen ſei, iſt denn auch von einigen Schriftſtellern behauptet worden.[130]) Indeſſen dürfte die richtige Meinung dahin gehen, daß hier die actio neg. gestorum gegeben iſt.[131]) Dieſe Beſtimmung kann aber eben deßhalb, weil ſie nicht die eigentliche actio neg. gestorum verleiht, alſo eine Singularität iſt, auch gewiß nicht gegen die hier fragliche Theorie beweiſen.

IV.

Ueber Ausführung des Prinzips der Mündlichkeit im bürgerlichen Prozeſſe.

Von

Herrn **Gerau,**

Hofgerichtsrath in Darmſtadt.

(Schluß des Aufſatzes Nr. XVII. im vorigen Heft.)

Nach ſorgfältiger Erwägung ſpreche ich mich gegen das Syſtem des franzöſiſchen Prozeſſes aus, ohne jedoch den höhern Werth der Mündlichkeit der Verhandlung in einer mit den in der Erfahrung erprobten Grundprinzipien unſeres deutſchen Prozeßrechts vereinbarten Form verkennen zu wollen.

Ich ſtütze dieſe Anſicht auf folgende Sätze: Bei dem Syſteme des franzöſiſchen Prozeßrechts kann vor definitiver

---

130) Vrgl. die bei Glück a. a. O. B. 32. S. 241. Note 63. genannten Schriftſteller.

131) l. 4. §. 3. de tutel. et ration. distrah. (27. 3.) l. 13. eod. c. 7. arbitr. tutel. (5. 51.).